

中華民國婚姻法概説

(日本民法及獨逸民法と比較して觀たる)

堀 部 靖 雄

古い傳統の國、民國に於ても近世文明の波は其法律制度を容赦なく突き崩して居る。條約改正と云ふ政治的目的のためにも民法法典の制定は必要であらう。けれども民法々典の制度と古來より傳來せる民事法の改正は一般國民生活に關する範圍に於ても國民革命の成就と共に其結實のためにも必要である。又此事實は如何に民國の智識階級が古き陋習を打破し、崩れんとする舊思想を潑刺たる新思想によりて盛換へんとして居るかを示す證左ともなるであらう。私は國民民法の制定の事情と舊來の慣習法及び慣習については少しも智識をもたぬ、従つて標題の如き題目につき説明を爲すの資格なき者と思ふ。けれども法典に表はれたものを其儘に日本人の考へ方に従つて考へて見るのも興味ある事と思ふが故に前述の不都合をかへり見る事なく敢て筆をとるものである。尙本文は親族法及相続法に關する規定のみを賴り且つドイツ民法、日本民法と對比しながら草した。誤謬ある點は識者の叱正を俟ちたい。

一、婚姻の成立

民國の婚姻法は民法第四編親族法第二章第九七二條以下に於て規定さるゝ所である。

婚姻關係とは一男一女の終生的共同生活に關する法律關係を意味する點は同法第九八五條に於て有配偶者不得重婚とあるによりても之を知る事を得る。而して婚姻が成立するがためには第九八二條其他の規定に定むる條件を充たす必要あるも民國に於ける婚姻の成立には婚約即ち婚姻豫約が其前提をなす可き場合がある。従ひて婚姻の成立を説明する以前に於て婚約即ち婚姻豫約に關する説明を爲す事を要する。

一婚約(Verlobnis)婚約とは將來に於て有效なる婚姻即ち結婚を爲す可き契約にして我國に於ける婚姻の豫約に相當するは第九七七條に婚約の解除ありたる場合に於て相手方は損害賠償請求權を得る旨を定め、第九七八條に於て法定の理由なきに拘らず婚約に反したる場合に於ては違反者は損害賠償を爲す事を要する旨を定むる點より觀て明かである。然らば婚姻の豫約たる婚約が成立するためには如何なる條件を必要とするやと云ふに、婚約は(1)男女當事者の意思によりて自ら之を締結する事を要する。従ひて男子女子双方のために兩親のなしたる婚約は法律上拘束力を有せざるものにして婚約につきては子女は其

親より解放された事となる(九七二)但し未成年者が婚約を爲さんとする時は其法定代理人⁽¹⁾の同意を受ける事を要し(九七四)ス井ス私法第九〇條にも同一規定あり(2)有效なる婚約の成立するがためには、婚約者は男子十七歳以上、女子十五歳以上なる事を要する(九七三)。

上述の要件を具ふる時は婚約は有効に成立し當事者は此によりて拘束を受けるに至る。婚約は其性質上強制履行を許さざるものなる事は説明を要せざる所なり(九七五)從ひて婚約の違反ありたる時は契約は解除され損害賠償債權を發生す(九七八)^{2a)}然るに婚約の解除ありたる場合は如何なる場合なるを問はず損害賠償債權發生すとなすは無意義なるのみならず、反つて婚約の強制を爲さしむるの結果を生じ第九七五條の規定の精神に反する更に社會人として無能なる夫婦を作出し害惡を流す恐がある。故に第九七六條に於ては婚約の解除を正當ならしむる事由ある時は解除により損害賠償の義務を生ぜずと爲せるよりも、明確である上に云ひ逃れの口實を少なくした事となるけれども多少窮屈たるをまぬがれない。以下に其事由を列舉しやう。

1、婚約の締結後更に他人と婚約を締結し又は結婚を爲したる時、

2、故意に結婚期の約に違反したる時、

(1) 法定代理人は父母(一〇八六)後見人(一〇九八)等である。

(2) ドイツ民法第一二九七條に於ても同様の規定がある。

(2a) スキス私法第九一條に於ては類似の規定がある。或は自己に責任ある事由によりて婚約に違反したる場合に於ては其本人及び其原因を生ぜしめたる父母其他の第三者に對し損害賠償請求を爲す事を得として居る。

- 3 滿一ヶ年以上生死不明なる時、
- 4 重大なる不治の病ありたる時、
- 5 花柳病其他の惡病ある時、
- 6 婚約の締結後廢殘者となりたる時、
- 7 婚姻の締結後他人と姦を通じたる時、
- 8 婚約の締結後徒刑の宣告を受けたる時、
- 9 其他重大なる事由ありたる時、

以上の九事項に該當する事由を生じたる場合は相手方に對して解除の意思表示を爲し、若し相手方に對して之を爲す事能はざる事情のある時は事由の發生と共に當然婚約は解除される。例へば行方不明の場合、廢殘者となりたる場合の如きは此場合に屬す。婚約解除事由を通覽するに婚姻に對する近代的思想の一片が明瞭に表はれて居る事を知る。即ち婚姻は有能なる男女間に於て爲さる可く社會に對し害惡を及ぼすが如き婚姻を防壓し無節制なる婚姻による社會力の減少を防がんとする意圖が表はされて居る。而して之等の事項は後述せんとする結婚(成婚)の場合に於ける規定に對應するものである。

婚約の解除ありたる時に於て其解除が第九七六條列舉の事由なくして婚約に違反した

るより生じたる場合に於ては違反者は其原因につき過失なくとも損害賠償の義務を負ひ、(九七八)第九七六條列舉の事由によりて契約を解除されたる場合にして其事由の發生につき過失ありたる場合に於ては其者は損害賠償を爲す事を要する(九七七)。更に第九七八條による損害賠償の場合に於て賠償さる可き損害は財産的損害に限らるゝに非ずして受害者に過失なかりし場合に於ては非財産的損害も又金錢により賠償さる可きものとする(九七九)。而して此請求權は金錢の給付を目的とするものであるけれども本來一身に專屬するものであるから相續又は讓渡による移轉は原則として許されない。但し契約によりて移轉を承諾し又は既に訴を提起したる後に於ては移轉を許される(九七九^{2b)}ドイツ民法第一三〇〇條第二項)。

上述の如き規定は婚約を權威あらしめ従ひて無意義に或は徒らに婚姻を爲し害惡を流す事を防ぐについて必要なものと云はねばならぬ。ドイツ民法に於ても第一二九九條に於て婚約解除の事由の發生につき過失ありたる者の損害賠償義務を認め、損害は必ずしも財産的損害に拘らず非財産的損害についても金錢的賠償を爲すべき事を第一三〇〇條第一項に定めて居る點は民法と同様である。

婚約を明文を以て定めたるは我民法に於ける不備よりも優れる所にして尙我大審院に

(2b) スキス私法第九三條に於ては婚約違反の結果其人的關係に於て重大なる損害を及ぼしたる時は裁判所は慰藉料として相當なる金額の給付を爲さしめる事とする。勿論此請求權は讓渡を許さぬ、更に婚約の解消により婚約者が相互に給付しなす物に返還する事を要する(同法第九四條)。

於ける判例學說が婚姻の豫約成立の要件として一般の風習に従ひ儀式を挙げ、將來婚姻するの意思をもち同棲する事を要求して居る不合理は民國民法に於ては現存せざる所である。

二、結婚、結婚とは婚姻の成立にして或は婚約の存在を前提とする場合あり然らざる場合もある。而して婚姻の成立するがためには(1)當事者間の合意ある事を要し(2)公開の儀式を挙げ(3)二人以上の證人により其成立が證明さるゝ事を要し(4)當事者は相互に近親に非ざる事を要す。^{2c)}而して此要件の一を缺ぐも其婚姻は無効なり(九八二、九八三、九八八)。尙次の如き場合に於ては結婚は無効には非ざるも取消し得可きものである。

I、男子十八歳未満女子十六歳未満なる場合、³⁾此場合に於ては當事者又は其法定代理人は裁判所に向つて取消を請求する事を得る。國家利益の代表者たる司法機關が取消請求權なき點は特に注目に價する(比較日本民法第七八〇條)。此取消權は當事者が婚姻年齡に達し又は懷胎したる時は消滅に歸す。

II、法定代理人の同意を得ざる未成年者の結婚は法定代理人によりて取消を裁判所に請求される。但し法定代理人が結婚の事實を知りたる時より六ヶ月を経過し、又は結婚後一年を経過し、或は懷胎したる場合は此取消權は消滅す。我民法に於ては法定代理人は財産行

(2c) スホス私法に於ては(1)兄弟姉妹(同腹は勿論異腹の場合も然り)、伯叔父と姪との間、伯叔母と甥との間、(2)舅姑と姪嫁、繼父母と繼子との間、(3)養子と養親との間に於ける婚姻は禁止されて居る。(第一〇〇條、第一二〇條第三號)。

(3) 我國に於ては男子十七歳、女子十五歳(民法七六五)。獨逸に於ては男子二十一歳女子十七歳(1303)である。スホスに於ては男子二十歳女子十八歳である事が必要だが例外として州法に特別の定めある時は父母又は法定代理人

爲につきてのみ同意權を有し、未成年者は其身分行爲につき法定代理人の同意を得るの必要がない。唯男子滿三十歲未滿、女子滿二十五歲未滿の者は婚姻につき父母、後見人又は親族會の同意を得る事を要す(日本民法七七二)。然るに國民民法に於ては成年以上の者は父母、後見人等の拘束を受けずして婚姻を爲す事を得る。ドイツ民法に於ける規定と似て居るがドイツ民法に於ては未成年者は父又は母の同意を受くる事を要する事として居る(獨逸民法一三〇四、一三〇五、一三三二)但し成年者に對して所謂自由結婚を許すは兩者同様である。^(3a)^(3b)

II 後見人と被後見人とが後見關係の存續中結婚を爲したる場合、後見人は被後見人の法定代理人にして(一〇九八)被後見人の財産を管理する權能を有する(一一〇〇)従つて後見人と被後見人との結婚は動々もすれば被後見人の財産の狀況を曖昧にする弊がある。故に斯くの如き結婚は被後見人の父母が同意を與へざる限り被後見人又は其最近親者は裁判所に對し取消を請求する事を得る。但し結婚後一ケ年を経過する場合は取消權は消滅する(九八四、九九一)。

IV 配偶者ある者が重ねて結婚を爲したる場合即ち重婚の禁にして我民法に於ても(日本民法七六六、七八〇)ドイツ民法に於ても(獨逸民法一三二六)同様の禁止規定があるが我民法及

(3a) スキス私法に於ては未成年者は父の同意を要し父なき時は母、父母共に同意を與ふる事能はざる場合は後見人の同意を要する。此點ドイツ法、國民民法と同様なり。
(3b) 國民民法に於ては禁治產者は行爲能力なし(一五)之に反しスキス私法は禁治產者は後見人の同意を要する(同法九九)。(同規定日本民法七四七)。
(4) 獨逸民法に於ては此場合の婚姻は之を無効となして居る(1327)。
(4a) スキス私法に於ては前婚が無効でない又は離脱しない若くは御側者の死亡

民法に於ては重婚をもつて取消し得可き婚姻と爲すに反しドイツ民法に於ては重婚の場合は第二の婚姻を無効ならしむるものとして居る(同條、スイス私法もドイツ法と同様である第一二〇條第一號)。重婚を爲したる場合に於ては其重婚に於ける利害關係人は之が取消を請求する事を得る(九九二)。

V. 相姦者間の婚姻は前配偶者より結婚後一ケ年間に之が取消を請求される(九八六、九九三)。此場合に於ける相姦者は姦通を理由として裁判上の離婚が爲され、又は刑の宣告を受けたる者なる事を要す。⁵⁾

VI. 女子が前婚解消後六ヶ月を経過せざるに再婚を爲したる場合(九八七)。此場合に於ては前夫又は其直系血族が取消権を有する(九九四、日本民法第七六七條、第七八〇條)。但し此場合に於ては再婚後懐胎したる事が立證さるゝ時は取消権は其存立の理由を失ふ(同條但書⁶⁾)。

VII. 婚姻の當事者が結婚の當時交接不能にして治癒する事能はざる場合、此場合に於ては其治癒不能なる事を知りたる時より三年内に相手方より婚姻の取消を裁判所に請求する事を得る(九九五)。斯くの如き規定は我民法及ドイツ民法に於て明文のなきものであるが婚姻生活の目的に照らし正しき規定である。

VIII. 當事者の一方が結婚の當時無意識又は精神錯亂中に在りたる場合に於ては常態に復し

- (5) 獨逸民法(第一三一・二條第一・三・八條)に於ては之を無効として居る。我民法に於ては取消し得可きものとして居る(七六八、七八〇)。
 (6) 獨逸民法に於ては前婚解消後十ヶ月を経過するに非ざれば再婚を爲す事を得ざるものとする(第一三一・三條)。スイス私法に於ては前婚解消後三百日を経過する事を要するを原則とす(第一〇三條第一項)。

たる後六ヶ月内に其婚姻の取消を裁判所に請求する事を得る(九九六)。ドイツ民法に於ては斯くの如き状態の下に於て結ばれたる婚姻を無効とする(獨逸民法第一三二五條)。ス井ス私法に於ても精神病者の婚姻は無効とする(ス井ス私法第一二〇條第二號)。我國に於ては明文なきも之を無効とすべきである、蓋し婚姻の意思表示は當事者の完全なる意思能力を前提とするものであるからである。

IX. 詐欺又は強迫による結婚は詐欺又は強迫の終止したる時より六ヶ月内に取消し得る(九九七)。我民法に於ても之と同様の規定がある(日本民法七八五)。ス井ス私法に於ては錯誤、強迫、詐欺による婚姻を取消し得可きものとす(ス井ス私法第一二四條第一二五條第一二六條)。上述したる各場合に於て婚姻が取消されたる時は婚姻は將來に向つて其效力を消滅し(九九八)、婚姻の取消又は無効によりて損害を受けたる者は其損害が財産上のものたると精神上のものたるを問はず之が賠償を過失ある相手方に對し請求する事を得る(九九九 I II)。此規定は我國に於ては婚姻の取消につきて生ずる財産關係につきて第七八七條に於て規定するに止まり、ドイツ民法に於ても主として財産關係についての原狀回復に關し規定を設けて居る(獨逸民法第一三四五條)に對して比ぶれば良き規定であると云はねばならぬ。尙此規定による請求權は權利者の一身に專屬するものである(九九九 III)。

(7) 出訴期間が民國に於ては六ヶ月なるに對し我國に於ては三ヶ月である。

二、婚姻の效力

結婚の結果當事者間に於ては新しく身分關係が発生し、財産關係につきても種々なる問題を生ずる。法典に従ひ結婚の普通效力と夫婦財産制につきて説明しよう。

一、普通效力

結婚により一男一女間に婚姻的共同生活が開始さるるは説明を俟つまでもない、而して婚姻的共同生活には必ず夫婦の同居を要するのである、従ひて同居を避く可き正當なる事由なき限りは同居義務は夫婦相互に於て負ふ可きものである(二〇〇²⁾。國民民法が夫婦相互の同居義務を明文を以て定めたるは我民法七八九條が妻は夫と同居するの義務を負ひ夫は妻をして同居せしむる事を要すと定むるよりも明確である。更に結婚により妻は夫の姓を其姓の上に冠し、入夫は妻の姓を其姓に冠するに到るけれども當事者間の特約により此規定に従はざる旨を定むる事を得る(一〇〇³⁾。更に夫婦は同居の義務あるを以て妻は結婚と同時に其住所を夫の住所と同一となす事を要する。入夫は妻の住所に入る(一〇¹⁰)。尙未成年者は婚姻と共に其行爲能力に對する制限を解かれ完全能力者となる(一三¹⁰)。妻は日常の家事につきては夫の代理人たる可き事を要するは當然なるを以て多數の國

- (8) 獨逸民法一三五三條第一項に於ても夫婦は相互に婚姻的共同生活を爲す可き旨を定めて居る。スハス私法第一五九條及第一六〇條によりて夫婦は同居の義務を有し且相互に Treu und Beistand の義務あるものとす。
- (9) 日本民法第七八八條、獨逸民法第一三五五條、スハス私法第一六一條第一項。
- (10) 日本民法第七八八條、獨逸民法第一三五四條を見よ。

に於て妻の代理權を認めて居る。例へば我國に於ては第八〇四條に於て之と同一の規定を置く。ドイツ民法に於ては夫は婚姻的共同生活に於て生ずる事務に關する裁斷を爲し妻は夫の裁斷が權利の濫用にあらざる限り之に従ふ事を要し(獨逸民法第一三四條)妻は第一三五四條の規定に抵觸せざる範圍内に於て家務を行ひ、必要ある場合に於ては家務に於ける勞務及び夫の法律行爲に於ける勞務に服する義務を有し(同第一三五六條)更に妻は家事に必要な限りは夫の代理人たる事を得る權利を有する(同第一三五七條參照)。ス井ス私法に於ても大體之に似たる規定を爲して居る、即ち夫は婚姻生活に於ける代理人であるが(同法第一六二條第一項)家務に於ける時々需要については妻も又夫と共に婚姻生活の代理人である(同第一六三條第一項)。

國民民法が日常の家務に關し妻は夫の代理人たる事を定めたる上尙夫も又妻の代理人たる可き旨を定むるは大體に於てス井ス民法に於ける規定と相似て居る。婚姻生活は共同生活であるから夫婦間に於ては其財産關係に於ても相互の財産につき共通の利害を有すると共に其財産は共同生活のために使用收益される従つて夫婦共に其財産關係につき平等對立の建前をとる以上は相互に財産關係に關する代理權を認めねばならぬであらう。

二夫婦財産制¹¹⁾

(11) ス井ス私法に於ける夫婦財産制に關する説明は省略する。時間上の都合と條文の缺落とによりて之を省略せざるを得ない事を甚だ遺憾とする。

婚姻成立によりては婚姻的共同生活が開始される、而て其共同生活は夫とし妻としての精神的肉體的の關係によりて關聯せしめられて居るばかりでなくて相互の財産によりて關聯せしめられたもの即ち相互の間に財産的法律關係を生ぜしむる共同生活である、従ひて其財産的方面に於ては夫婦各自の固有財産は婚姻によりて如何に變更を加へらるゝや、婚姻中に收取されたる財産は何れに歸す可きや、財産の管理方法婚姻の費用の分擔は之を如何に定む可きや、等の諸問題を生ずる。斯くの如き問題に關する規定が夫婦財産制に關する規定である。

國民民法に於て認めらるゝ夫婦財産制は法定財産制と約定財産制とに分たれ約定財産制は更に共同財産制、統一財産制、分別財産制の三に分たれる。

約定財産制とは結婚前又は結婚後夫婦間の契約によりて定めらるゝ夫婦財産制にして其内容は婚姻の本質を害し個人の自由を奪はざる限りは當事者の自由に委ねらるゝ、わけなるも國民民法はドイツ民法に於けるが如く其種類を限定し上述の三種となす(一〇〇四)。法定財産制とは夫婦が契約により財産制を定めざる場合に法律によりて定めらるゝ夫婦財産制にして其内容は民法の定むる所による。

イ、約定財産制 約定財産制 *Vertragsmässiges Gütergemeinschaft* は結婚前又は結婚後夫妻間に於

ける契約によりて締結さるゝものであつて何れの國に於ても法定財産制と共に認めらるゝものである。例へばドイツ民法第一四三二條以下に於ては夫婦財産共通制 *allgemeine Gütergemeinschaft* (一四三七以下) 所得共通制 *Ermögungsgemeinschaft* (一五一九條以下) 動産共通制 (*Fahrigemeinschaft*) (一五四九以下) の三種の制度を認むるに對し民國法に於ては共同財産制統一財産制及び分別財産制の三種を認む。然るに我民法に於ては婚姻の本質を害せざる限りは夫婦間の契約に委ねられて居る、極めて不親切なる態度である事は説明を俟つまでもない事である。^(11a)

約定財産制は其種類如何を問はず結婚前又は結婚後契約を以て定むる事を得る(一〇〇四、一〇一二)。我民法に於ては婚姻の届出前に於て契約し婚姻後は之を變更する事を許さざるに比し寛大である。ドイツ民法に於ても動産共通制は婚姻前に之を定め婚姻後は之を變更するを許さない(獨逸民法一五五七條)。

夫婦財産制に關する契約の締結變更又は廢止は書面によつて爲す事を要し(一〇〇七)之を第三者に對抗するがためには登記を必要とするは(一〇〇八)我民法に(日本民法七九四)於ける場合と同様であるし、ドイツ民法に於ても同様である(獨逸民法一五五八以下)。

a. 共同財産制 共同財産制とは特有財産を除きたる夫婦の全財産及所得を以て夫婦の共

(11a) スキス私法に於ける夫婦財産制の種類は中等民國に於ける其と大體に於て一致して居る。即ちスキスに於ては(1)分別財産制 (*Gütertrennung*) (第二四一條以下)・(2)聯合財産制 (*Güterverbindung*) (第一九四條以下)・(3)財産共通制 (*Gütergemeinschaft*) (第二三七條以下)・(4)統一財産制 (*Gütereinheit*) (第一九九條參照) の四種を認めて居る。

(11b) 特有財産に付いては法定財産制の項にて説明する。

同共有になさしめやうとするものにして其結果夫婦其共同財産上に各々持分を有する事となる(一〇三一I)。然し夫婦の有する持分は夫婦たる身分に專屬す可きものである、何故ならば共同財産は夫婦の婚姻的共同生活の維持發展に必要缺ぐ可からざるものであつて他人が共有者としての權能を有する事は夫婦の共同生活への破壊原因を爲すからである、従つて持分は之を他人に譲渡する事は許されない(一〇三二II)。

共同財産制は原則として特有財産を除外した總ての財産と共同生活中に於ける所得とよりなるけれども例外として所得のみを以て共同財産となす事を得る(一〇四一I)。此制度はドイツ法に於ける *Ermengenschaftsgemeinschaft* (獨民法第一五一九條以下)¹²⁾ に類似する所である。所得は婚姻關係存続中に於て夫婦が取得したるもの、其勞力によりて得たる財産及び原有財産(婚姻前より有したる財産(*eingetragtes Gut*)及び婚姻存続中無償にて取得したる財産を含む)の果實を含むものであつて此種の財産制が採られたる場合は原有財産については法定財産制に關する規定が適用される(一〇四二III)。

共同財産制に於ける共同財産は夫婦の共有にあるけれども(獨民法一四三八條參照¹³⁾其管理は夫が之を爲すの權能を有する、其費用は勿論共同財産の負擔である(一〇三二)。此點に於てはドイツ民法に於ける共通財産制と類似しドイツに於ても夫が共同財産の管理權を

(12) 此種の夫婦財産制に於ては、財産は共同財産と持參財産と特有財産とに分たれる。が共同財産のみが其基礎を爲し、此財産が婚姻中の夫婦の所得よりなるを原則とする。

(13) イギリス法に於ては不動産は夫婦の共有に有りとして居る(Topham, *New Law of property* 3rd edit. p. 160 參照)。

有する(獨民法一四四三)而して夫は管理權を實行するために財産の占有を爲し必要に應じては自己の名に於て之が處分行爲を爲す事を得る(同條第二項)民國法に於ても夫は必要ある時は共同財産の處分を爲す事を得るが妻も又同様の權利を有する(一〇三三一但)管理に必要な處分以外の處分を當事者が任意に爲す事は共同財産制の目的に反する結果を生ずるが故に許されず夫婦の一方は他方の同意を得て初めて處分を爲し得る(一〇三三一)同意なき財産の處分は夫婦の一方に對しては效力なきものゝ如きも其者は同意の欠缺を第三者に對抗する事を得ざるものとする(一〇三三二)即ち同意の欠缺ある場合に於ても第三者に對する關係に於ては其處分は有效である但し第三者が同意の欠缺を知り又は之を知る事を得べかりし時又は事情により其財産が共同財産に屬するものなる事を認め得べき場合に於ては第三者に對しても其處分は完全なる效力を有せざるものとする(一〇三三二但)。

共同財産は婚姻的共同生活遂行に必要な經濟的基礎を與ふるものであり其共同生活につきて使用收益さるゝのであるが此共同財産は本來夫婦の財産が婚姻なる事實によりて結合したものであるが故に夫又は妻は獨立して而も其共同財産を以て其債務につき責任を負ふ但し其債務の種類は制限されて居る。即ち夫が獨立して負ふ債務にして共同財

産より辨濟さる可き債務は(1)婚姻前に負擔したる夫の債務(2)婚姻存続中に於て夫の負ふ債務(3)妻が日常の家事につき負ひたる債務(4)妻が婚姻繼續中に於て共同財産を以て負擔したる債務(一〇三四)にして妻が債務者にして共同財産から辨濟さる可き債務は(1)妻が婚姻前に負ひたる債務(2)妻が職務又は營業によりて負ひたる債務(3)妻が財産相續の結果負ひたる債務(4)妻が不法行爲によりて負ひたる債務(一〇三五)である。ドイツ法に於て夫の債權者及び妻の債權者は共同財産より滿足を受くる事を得る旨を定むると軌を一にするけれども(獨民法一四五九I)民國法に於ては如何なる場合にも夫婦間に連帶關係なきに拘らずドイツ法に於ては共同財産を以て辨濟さる可き妻の債務については夫は妻と連帶して責任を負ふ旨を定めて居る(獨民法一四五九II)。

共同財産をもつて辨濟さる可き債務は共同財産を構成する各財産につき又は婚姻的共同生活遂行につき必然的に生ずる債務であるから(1)妻の特有財産につきて設定したる債務(2)妻が日常の家事につきて有する代理權を逾越したる行爲を爲す事によりて生じたる債務については共同財産は責任を負はざる事となつて居る(一〇三六)。

共同財産につきて生じたる債務は共同財産によりて辨濟す可く夫婦各々共同財産につき持分を有し其持分を逾えて債務の辨濟がなされたとしても夫婦は相互に補償權を有す

る事を得ぬ(一〇三八I)然し夫婦が其特有財産をもちて共同財産の債務を辨済したる場合、特有財産の債務を共同財産によりて辨済したる場合は相互に補償權を有する(一〇三八II)。

共同財産は婚姻生活のために設けられたものであるから婚姻生活の費用は共同財産の負擔に屬するが其財産を以ては其費用の支拂を爲す事を得ざる場合は妻も之につきては責任を負はざる可からず。妻が特有財産を有する場合に於ては之を家庭生活の費用に使用し又は特有財産に屬す可き財産を取得したる場合に於ても先づ之を家庭生活の費用に使用せざる可からざるわけである(一〇三七)。

共同財産は夫婦の婚姻的共同生活を以て其成立の基礎と爲す、従つて婚姻の解消は共同財産の解消を伴ふ。然るに既に述べたるが如く共同財産は夫婦の各持分に分たるゝを以て婚姻の解消の結果共同財産は解かれるけれども持分に相當する財産は各自の手に残さるゝ計算となる可きである。故に第一〇四〇條は夫婦間に別段の定めなき限り共同財産は夫婦間に等分に配分さる可きものとして居る。此原則は夫婦の一方が死亡したる場合に於ても同様である、即ち夫婦の一方が死亡したる場合に於ては特約なき限り共同財産の半額は死亡者の相続人に移り、他の半額は生存者に移る(一〇三九I II)；而して生存者が其相手方の相続人たらずる場合に於ては離婚の場合に取得し得る額の範圍に持分額を制限さ

(13a) 此額は各其固有の財産の額である。(一〇五八)。

れて居る(一〇三九III)。上述したる共同財産制はス井スに於ける共通財産制と同一である。共通財産上に於ける夫の管理收益權第二一六條第二一七條婚姻生活に於ける債務は共通財産に於て負ふ可き事、所得についてのみの共通財産制を認むる點等は總て同一である。國民民法は此點に於てス井ス私法に負ふ所大なる事を知る。

b 統一財産制統一財産制は妻の財産より特有財産を除き殘部の財産の價額を金錢に見積り其全部を夫の所有となし妻は見積りたる額の返還請求權を有する旨の契約によりて成立する財産制にして(一〇四二)共同財産制と異なる所は共同財産制が財産につき共有關係成立するに反し此財産制は夫に所有權が移る點にある。又法定財産制に於ては夫婦は其財産に對し各自獨立して所有權を有し單に財産が目的を共通する事によりて結合し夫が其聯合財産につき管理權のみを有するに對し此財産制は財産につき夫の完全なる實力的支配を是認するものである。又次に述べんとする分別財産制が夫婦の完全なる平等を認めんとするに對し此財産制は妻の財産的自由を完全に奪はんとするものであつて前者が極めてモダンな制度であるに對し此制度は極めてクラシカルな制度である。

統一財産制は夫が統一財産の所有權を得るに對し妻は自己の原有財産につき返還請求權を有する事により僅かに夫の無暴なる財産の濫費を制約する事を得るやうに思はれる

が財産の使用収益につき妻は毫末の干渉を爲す事を得ぬから返還請求權の實益は疑はしい。尙此制度につきては主として法定財産制に關する規定を準用する事となして居る（一〇四三）。而して此財産制はスイス私法に於ける統一財産制と同一であつて此制度の輸入であらうと思はれる（スイス私法第一九九條參照）。

c 分別財産制¹⁾ 分別財産制は夫婦間に於ける財産關係は凡ゆる關係に於て婚姻によりては影響を受けざる財産制である、即ち夫婦の財産は各獨立し夫婦は各其財産の所有權、管理權及使用収益權を保有する財産制である（一〇四四）。此財産制に於ける婚姻生活の費用は何人が之を負擔す可きやは明文がないが第一〇四八條に於て夫得請求妻對於家庭生活費用爲相當之負擔とあり同時に第一〇四六條第三號に於て妻の日常の家事に於ける代理權行使の結果生じたる債務は夫に於て辨濟義務ある旨を定むる點より考へれば夫に婚姻生活の費用を負擔す可き義務あるは明かである。

此財産制による時は妻は特約なき限り其財産につき完全なる獨立なる地位を得従ひて婚姻生活に於て無責任なる財産行爲を爲し得る恐がある。が此恐は家庭生活に於ける妻の代理行爲の範圍を越えたる行爲につきては夫に辨濟義務なき事となす事によりてまぬがれ得る（一〇四六III號、一〇四七III號）。

(14) スイス私法に於ては第二四一條以下に於て之と同一の制度を設けて居る。

分別財産制の目的とする所は夫婦の完全なる經濟的獨立を認むる點にあるであらうから妻が其財産の管理權を夫に與へる事は財産に對する直接の支配を失ふの結果を將來する。然しながら管理權の回復が直ちに出來得るやうになしたならば此恐が幾分か輕減するゝのみならず管理權は必ずしも使用收益權を隨伴するものではないから管理權を夫に與ふる契約は有效である。而して夫が財産の管理權を與へられたる場合に於ては一方に於て保管義務を負ふから財産の管理によりて生じたる利益は夫が之を任意に使用し得るわけであるが民國法に於て家庭生活の費用に供する權利を有するものと推定して居る（一〇四五I）。

分別財産制を定むる場合に於ては夫婦の財産は獨立せるものであるから夫の債務のために妻の財産は差押を受ける事なきと共に妻の債務のために夫の財産は差押を受ける事なきものである（一〇四六一〇四七）。從ひて婚姻生活の費用は夫之が負擔を爲すものであるから妻の財産は婚姻生活より生じたる債務につきて辨濟の責任を生ぜざる理である。けれども婚姻生活は夫の利益にのみなさる可きものに非ざるのみならず婚姻生活の費用は夫婦共同の目的を達するがために支出さる可きもの多數なるが故に夫の財産を以て其費用の支拂を爲す事を得ざる場合に於ては妻が此債務を負擔す可きである（一〇四七II）。

上述の如き財産制は婚姻の時又は其後に於て夫婦間の契約によりて生ずるが、次の如く法律の規定より當然に生ずる場合がある。

I、夫婦の一方が破産の宣告を受けたる場合 此場合に於ては夫婦間に如何なる財産制を採つて居たとしても一方の破産により各自の財産は危険に置かるゝが故に分別財産制となす方が其危険を援ふに都合が良いわけである^{14a)}獨逸民法第一四一九條第一五四七條參照。

II 第一〇〇一條列舉の事由ありたる場合 此場合に於ては夫婦の一方の請求を俟ちて裁判所は分別財産制に改む可き旨を宣告する事を得る。其事由次の如し。^{14b)}

a、夫婦の一方が法律により家庭の費用を給付す可き場合に於て其給付を爲さざる場合、
b、夫又は妻の財産が其債務を辨濟するに足らざるか又は夫婦の總財産が其總債務を辨濟するに足らざる場合、

c、夫婦の一方が財産上の處分を爲すに付き法律上相手方の同意を得可き場合に於て相手方が正當の理由なくして同意を拒絶したる場合、

III、債權者が夫婦の一方の財産に對して差押を爲したるも辨濟を受くる事を得ざりし場合は債權者は裁判所に對して分別財産制に改む可き旨を宣告する事を請求するを得る(一〇一一)。

(14a) スイス私法第一八三條。

(14b) スイス私法第一八四條及第一八五條に於ても大體之と似たる規定を置く。

ロ、法定財産制 (Gesetzliches Gütergemeinschaft) 法定財産制とは夫婦が契約をもつて夫婦財産制を定めざりし場合に適用さるゝ財産制にして(一〇〇五其内容は總て法律の規定する所である。¹⁵⁾

夫婦間に於ても或種の財産は如何なる種類の財産制をとつても夫又は妻の完全なる支配に置かる可きものとなされる(一〇一六、一〇三一、一〇四二參照、此種の財産を特有財産 (Vorbehaltsgut) と稱し次の如きものが其中に含まれる(一〇一三一、一〇一四)。

I 専ら夫又は妻の個人の使用に供するもの。¹⁶⁾

II 夫又は妻の職業上必要なる物、

III 夫又は妻の受けたる贈與物に付き贈與者が其特有財産たる可き事を明示したるもの(ドイツ民法第一三六九條に於ても同様の規定がある)。

IV 妻が勞力によりて得たる報酬(ドイツ民法第一三六七條に於ては勞働又は營業により妻が得たる財産は妻の特有財産なる旨を規定す)。

V. 夫婦間に於ける契約によりて特有財産と定めたるもの(ドイツ民法第一三六八條に於ても之と趣旨の規定がある。¹⁸⁾。

民國法に於ては上述の如き財産は夫又は妻の特有財産として特有財産につきて生じた

(15) 我民法に於ては第七九八條以下に於て、獨逸民法に於ては第一三六三條以下に於て規定がある。

(16) 獨逸民法に於ける Vorbehaltsgut は妻の特有財産を意味する。(ドイツ法 1365)。

(17) 獨逸民法に於ては専ら妻の使用に供せらるゝ物例は衣服、化粧品、職業上の用品は妻の特有財産である(ドイツ民法 1366)。

(18) 獨逸民法に於ては此風に特有財産の思案、特有財産につきて生ずる損害

る債務は特有財産より支拂はる可きものとす(一〇二五、一〇三六、參照)。我民法に於ても特有財産制を認むるけれども其は民國法及びドイツ法に比して範圍が廣くないやうである。即ち第八〇七條に於ては妻又は入夫が婚姻前より有せし財産及び婚姻中自己の名に於て取得したるものを以て特有財産とする旨を定めて居るにすぎぬ。ドイツ民法及び我民法は妻の特有財産について定めて居る(尤も我民法は入夫の其についても定めて居る)に反し民國法に於ては夫婦の双方に特有財産を認むるが夫の特有財産を認むる事は實際上必要なが如くに感ずるものである。¹⁹⁾

法定財産制に於ては夫婦が婚姻當時有したる財産及び婚姻存続中取得したる財産は特有財産に屬する物を除く外は聯合財産を構成する。聯合財産に對しては夫婦は各自所有權を有し共有關係に立つものではない、唯婚姻なる事實により財産が結合して居るにすぎぬ、從つて妻が婚姻當時に有したる財産及び婚姻存続中に相續其他無償にて取得したる財産は妻個有の財産に屬す(一〇一七I)。此財産を妻の原有財産と稱す。此事は夫の場合に於ても同様な事が云ひ得らるゝ。聯合財産中に於て夫の原有財産にも妻の原有財産にも屬せざる物ある時は夫の所有に屬し(一〇一七II)夫は婚姻費用につき之が支出を爲す可き義務を有するを以て(一〇二六參照)妻の原有財産より生ずる果實の收取權を有す(一〇一七

(19) 獨逸民法第1365條に於ては夫は妻の特有財産につきて管理收益權なきものと定めて居る。

(19) イギリス普通法に於ては、妻の不動産の果實は夫の收取する所である。(Topham, p. 160. Willshire, Law of Equity, 1920. p. 229)。

III. 之等の規定は我民法に於ける規定とほゞ其軌を一にするものである(日本民法七九九)。婚姻生活に要する費用につき夫に支出能力なき場合に於ては妻が其財産をもちて(其財産が特有財産たると原有財産たるとは之を問はぬ)之が負擔を爲す事を要する事となすを以て(一〇一二)婚姻生活に於ける費用は原則として夫之が負擔を爲す事を要するは勿論である。^{19a)}

我國に於ては夫婦は相互に扶養義務あるを以て(日本民法第七九〇條)民國法第一〇一二條に於けるが如き規定を必要とせぬ。が婚姻より生ずる一切の費用は夫之が負擔を爲す點は同一である(日本民法第七九八條)。

法定財産制に於ては聯合財産の管理權は夫に屬し(一〇一九)妻の原有財産の使用收益權も亦夫之を有する(一〇二〇)。之等の規定は我民法及ドイツ民法に於ける規定とほゞ同様である。即ち我民法に於ては第七九九條に於て夫は妻の財産を使用收益するの權を有し第八〇〇條に於て夫は妻の財産を管理す可き旨を定めて居るに對しドイツ民法第一三六三條第一項に於ては妻の財産は婚姻と同時に夫の管理收益の下に措かるゝ旨を規定し其管理權の實行のために妻の財産にして物に屬するものにつき占有を爲す事を得る事とし(獨逸民法第一三七三條)妻の權利につきては自己の名に於て訴を提起し得る旨をも定めて

(19a) スキスに於ても婚姻生活の費用は夫の負擔である。即ち夫は家庭の長にして妻及び子女のために相當なる考慮を拂ひて之が扶養を爲すべしと定めて居る(同法第一六〇條)。

居る(獨逸民法第一三九〇條)。

妻の原有財産は夫により管理收益さるゝけれども夫は其財産につきて處分權を有せざるを原則とし、夫が妻の財産を處分し得る場合につきては一定の制限あり。即第一〇二〇條第一項に於ては夫が妻の原有財産を處分する場合には其處分が財産管理上必要ならざる限りは妻の同意を受くる事を要する旨を規定して居る。我民法に於ては夫が妻の爲に借財を爲し、妻の財産を譲渡し、之を擔保に供し又は第六〇二條に定むる期間を越えて貸貸を爲す場合に於ては妻の同意を受くる事を要するものとして居る(日本民法第八〇二條)。且つ我民法に於ては管理權は處分權を伴はざるものなるを以て夫は單に果實の處分を管理の目的内に於て爲す事を得るにすぎぬ(同條但書)。ドイツ民法に於ても夫は妻の原有財産につき處分權を有せざるを原則とし次の如き場合に於ては夫は管理の目的の範圍内に於て妻の同意なくして妻の財産を處分し得る旨を定めて居る獨逸民法第一三七六條、第一三七七條。(1)妻の財産が金錢其他の消費物なる場合、(2)妻の原有財産より辨濟す可き債務と妻の債權とを夫は相殺する事を得る、(3)妻の原有財産に屬する物の給付を目的とする債務につき之を其目的物の給付によりて辨濟する場合が之である。⁽²⁰⁾ 我民法に於ては單に管理に必要な場合をのみ抽象的に認めて居るが理論上夫が妻の財産につき管理權を有

(20) イギリス普通法に於てはリースホルド(即ち Chattels Real)は婚姻と共に完全に夫の所有となり妻の同意なく夫は之を處分する事なえ、亦 Chattels personal 即ち動産も然りとする。たゞ前者に在りては夫の死亡と同時に妻の權利が恢復するに反し、後者に在りては夫の近親者が相續を爲す(Topham, p. 160.)。

する限りは此範圍内に於ては夫も當然に妻の同意なくとも處分權を有せねばならぬ譯である。従つて第一〇二〇條第一項但書は自明の理を規定したものであると觀る事も出来る。

夫が妻の財産を妻の同意なくして處分する事を得ぬが若し夫が妻の財産を處分した事がありとすれば第三者の側よりは果して其夫が妻の同意を得たりや否やは明確に知る事を得ぬ。故に同意なくして夫が妻の財産を處分したる場合も其同意の欠缺を第三者に對抗する事を得ぬ事として居る(一〇二〇II)。其結果法定財産制を採用したる妻は自己の財産を夫よりの無謀なる攻撃より防禦する事を得ぬ事となる。但し事實を知れる第三者に對しては同意の欠缺は之を主張し得る(前同但書)。此點は我民法が其第八〇三條に於て必要ある場合には妻は其財産の管理及び返還につき相當の擔保を供する事を夫に要求し得る旨を定め、ドイツの民法が第一三九一條以下に於て我民法に於けると同様なる擔保義務及び夫の不正なる財産の使用により生ずる損害に對する夫の責任を認むる點に比すれば極めて妻に不利なるものと云はねばならぬ。

上述の如く夫は妻の財産につき管理權を有し、果實の收得權、使用收益權を有す。従つて管理に要したる費用は夫之が負擔を爲すは當然である(一〇一八後段)。ドイツ民法に於ては第一三八四條以下に於て夫が負擔す可き費用に關する規定を置くが我民法に於ても第

八〇〇條によれば夫が管理費用の負擔を爲す旨を定められてあつて此點中國民法と同様である。

妻の原有財産は妻の所有に屬し其實際上の支配が夫にある。而して妻の原有財産中には有償にて取得したる財産を含むものに非ざれば(一〇一七)特有財産(一〇一三)に屬せざる財産にして妻が有償にて取得したる財産は聯合財産には屬するものとなし得るけれども(一〇一六)参照妻は全然支配權を有せざるものと云はねばならぬ。聯合財産は婚姻生活の繼續及其發展につきての財産的基礎を與ふるものであり夫婦共同の目的のために存す、從ひて夫婦共に其處分については權能を有する事を要するけれども前述の如く夫は妻の原有財産につき管理權を有し使用收益の權を有する上、妻の原有財産を妻の同意を得て處分し得るに反し妻は自己の原有財産についてすら獨立して處分權を完全に行使する事を得ない。是聯合財産の性質より觀て首肯し得らるゝけれども依然として男性の法的強大さが無遠慮に表はれて居るものである。何故に妻が其原有財産につき完全に處分能力を發揮し得ないかと云ふに中華民國民法に於ては一般的に妻の行爲能力を制限したる規定を置いてないけれども第一〇二一條に於て妻は日常の家事につきてのみ聯合財産の處分を許さるゝ旨の規定を置くと共に日常の家事の代理權を逾越したる行爲につきては妻は

特有財産によりて責任を負ひ(一〇二五 II 號)更に夫は妻の原有財産につき當然之が使用收益を爲す權能を有する(一〇一九)を以て妻は聯合財産に屬する原有財産につき自由に處分する事は到底なし得る餘地なき所である。

我民法に於ては第一四條以下に於て妻の法律行爲能力を制限し重要な財産上の行爲は其が特有財産に關するものなると否とに拘らず夫の同意を必要としてゐる。之に反しドイツ民法に於ては妻は法律行爲につき廣き範圍に涉りて行爲能力を有するけれども其原有財産即ち持參財産(Eingebrachtes Gut)につきては或範圍に於て行爲能力を制限されて居る、即ち妻は其持參財産を處分する契約は夫の同意ある事を要し夫の同意なき處分契約は夫の追認あるに非ざれば效力を生ぜずとし、更に單獨行爲による妻の持參財産に關する處分は無効なりとなして居る(獨逸民法第一三九五條第一三九八條⁽²¹⁾)。中國民法は我民法に比すれば特有財産につき妻の處分權を認むる點に於て妻の行爲能力を擴張して居るが前述の如く原有財産については處分能力を第一〇二一條の場合に制限さるゝものとすれば結果夫の同意を得さへすれば原有財産について或範圍の處分を爲し得るとなす我民法に如かない、⁽²²⁾即ち一方に於て妻の行爲能力につき何等の制限を置かないに拘らず實質上處分能力を制限するは私にとつては不可解であつて私の解釋に誤があると思つて見た事が

- (21) 其他妻の法律行爲能力については第一三九九條及第一四〇〇條其他について見られ度し。
 (22) 若し我民法が妻は原有財産につき夫に何等の拘泥なく處分權を行使し得るとなすならば夫が妻の原有財産に關して有する管理權、使用收益權は何等の實益を伴はない。思ひ切つたモダンな制度であると云はねばならなくなる。

ある。ドイツ民法の立場は法定財産制に在りては夫の財産と妻の財産とが婚姻生活と云ふ共同目的のために結合し夫は婚姻生活の費用を負担するがために妻の持參財産上に使用收益の權利を有する、從ひて妻も其財産の處分は夫の同意の下に爲す可きであると云ふにあるから中國民法に於けるよりも理論が明確であると云はねばならぬ。

聯合財産を構成する妻の原有財産は夫の管理の下にあるが故に妻は其狀況について知る事を得ない。然るに自己の財産について其狀況を知るは極めて必要なるを以て夫に財産狀況の報告義務を認め妻は何時にても夫に對し原有財産の狀況の報告を請求し得るものとしてゐる(一〇二二)。

法定財産制に於ては夫婦は各原有財産について獨立して所有權を有するが故に夫婦の債權者は總て聯合財産につき強制履行を求むる事を得ない。即ち(1)夫が婚姻前に負ひたる債務、(2)夫が婚姻關係繼續中に負ひたる債務、(3)妻が日常の家事につき夫の代理人として爲したる行爲によりて生じたる債務は夫之が辨濟の義務があり其債權者は妻の原有財産より満足を受ける事を得ぬ(一〇二二)。ドイツ民法に於ても夫の債權者は妻の持參財産即ち原有財産より満足を受ける事を得ざるものとして居る(獨逸民法第一四一〇條)。我民法に於ては明文なきも斯く解す可きである。法定財産制に於ては夫は妻の原有財産に就い

て管理權及使用收益權を有する、從ひて妻の債權者が原有財産によりて満足を受くる事は夫の權利を侵かす結果を招來する。然しながら妻は其原有財産に對しては所有權を有し、其原有財産は妻の信用の基礎を爲すものである。されば妻の原有財産は債權者の擔保となり妻の爲したる債務負擔の行爲が夫權を侵かすものでない限りは妻の債權者は妻の原有財産から満足を受く可きである。國民民法に於ては(1)妻が婚姻前に負ひたる債務(2)妻が職務上又は業務上負ひたる債務(3)妻が財産相續に因りて負ひたる債務(4)妻が不法行爲に因りて負ひたる賠償債務等については妻は其財産の全部に就きて辨濟の義務を負ふ可き旨を定む(一〇二四)從ひて上述の如き債務については妻は其原有財産は勿論特有財産によりて辨濟す可き事を要する、而して夫妻は上述の如き債務については其原有財産によりて獨立して責任を負ふ可きである。よし其が婚姻生活について生じたものであつても夫妻の間には連帶關係は生ぜぬ²³⁾。

ドイツ民法に於ては妻の債權者は夫の有する持參財産上の管理收益權に拘らず妻の持參財産に就き満足を求むる事を得るを原則とする(獨逸民法第一四一條)。但し(1)婚姻存續中夫の同意を得たる妻の行爲又は夫の同意を要せざる行爲によりて生じたる責任に就いては勿論持參財産によりて辨濟する、訴訟費用についても同様である(同第一四二條)(2)

(23) 此點は共同財産制と相異する。共同財産制に於ては婚姻生活の費用については共同財産より辨濟される。

婚姻存續中に於ける相續又は遺贈によりて妻の受けたる財産を留保財産即ち特有財産と爲したる場合に於ては其相續又は遺贈より生じたる債務は持參財産に於て責任を負ふ事なく(同第一四一三條)3、婚姻存續中妻の特有財産に屬する權利により又は之に屬する物の占有により生じたる妻の債務は持參財産に於て責任を負ふ事なし(同第一四一四條)。我民法に於ては明文なきも婚姻繼續中妻の負ひたる債務に就きては妻之が責任を負ひ其原有財産によりて辨濟す可きは論を俟たぬ、たゞ妻の法律行爲は夫の許可を受くるに非ざれば取消し得らるゝにすぎぬ。

上述の如く妻の有する一定の債務については妻は其全部の財産につきて責任を有するが特有財産につきて生じたる債務は、よし其が婚姻中のものであつても聯合財産に於て責任を負ふ事はない(一〇二五I號)。蓋し聯合財産を構成する各々の原有財産は婚姻的共同生活に必要な需要を充し其目的のためにのみ存在するものであるから妻が婚姻生活の有無に拘らず自己のみの需要を充たし或は婚姻生活には何等の關係を有せざる方向に行動したるがために生じたる財産上に設定した債務を辨濟するは原有財産本來の目的使命に反するからである。更に妻が第一〇〇三條に於ける日常の家事の代理權を越えて爲したる行爲により生じたる債務は婚姻的共同生活と何等の關連を有せざるを以て特有財産

によりてのみ辨濟すべきである(一〇二五II號)。

ドイツ民法に於ても不法行爲に基く債務、留保財産即ち特有財産より生ずる法律關係に基く債務、訴訟費用等は妻の特有財産の負擔となる(獨逸民法第一四一五條、第一四一六條)。我國に於ては第八〇七條に於て特有財産なる言葉を使用して居るが其意義は民國又は獨逸に於けるが如き意味を含んで居らぬ。

妻は自己の債務につきては自己の財産をもち、夫は自己の債務につきては其財産をもちて辨濟すべきであるが各の財産は婚姻生活なる共同目的の爲に結合し夫の管理下にあるを以て或は妻の債務が夫の原有財産により夫の債務が妻の原有財産により或は又妻の特有財産によりて辨濟さるゝ場合がある、其何れの場合たるを問はず相互に補償を爲す可き義務を有するは勿論であるが原有財産は婚姻生活存続中は聯合財産として結合して居るものであるから婚姻關係の繼續中に於ては原有財産に關しては補償を求むる事を得ないけれ共(一〇二七、I)、特有財産は聯合財産とは關係なく、極端に云はゞ婚姻關係とも分立して居るが故に妻の特有財産に關する債務を聯合財産により又は聯合財産の債務を妻の特有財産によりて辨濟したる場合は婚姻繼續中と雖も補償を求め得るものとする(一〇二七II)。

婚姻の解消と共に夫婦財産制も又消滅す可きである、而して其後には聯合財産を如何に

分割すべきやの問題を生ずる。聯合財産は夫婦の共有に非ざれば夫婦財産制の解消と共に各原有財産の割合に分割さる可きである。而して婚姻生活の費用は原則として夫之が負擔を爲すが故に妻の原有財産は夫の管理の下に於て婚姻當時の儘にて殘存すべきである。故に原有財産に減少ありたりとすれば其は夫に管理上の過失がありたるによると云はねばならぬ。從ひて妻又は其相續人は夫又は其相續人に對し之が補償を請求し得るは當然である。妻が死亡したる場合は其相續人夫が死亡したる時は妻より夫の相續人に對して補償を要求すべきである（一〇二八—一〇三〇）。之等については之を詳説するの必要なきものと思ふ。

三、離婚

婚姻の解消は當事者の死亡によつて生ずるが同時に離婚によつても生ずる。民國民法に於て認むる離婚に協議上の離婚と裁判上の離婚との二がある。

民國民法が離婚につき此二種の制度を設けたるは我民法に於けると同様であつて恐らく宗教上並びに道德上の思想をほゞ一にする點より一致を見たのであらうけれども今日協議上の離婚を認むる國は極めて少數である。ドイツ民法に於ては之を廢止して居る。

一協議上の離婚協議上の離婚は當事者の合意に基き婚姻關係を解消せしむるものであつて夫婦は自由に協議上の離婚を爲し得る但し未成年者が之を爲さんとする時は法定代理人の同意を受ける事を要する(一〇四九)。我民法に於ては滿二十五歳以下の者が協議上の離婚を爲さんとする時は婚姻につき同意を與ふる權利を有する者の同意を受ける事を要する旨を定むる(日本民法第八〇九條)に比し極めて廣範圍である。婚姻成立の比較的容易なると相俟つて婚姻輕視の念を生じ道德觀念がルーズとならざれば幸である。

協議上の離婚は中華民國法に於ては要式行爲にして離婚の意思表示は之を書面に作成し二人以上の證人の署名を要する(一〇五〇)其他國家に對する手續を要せぬやうである。我民法が協議上の離婚は戸籍吏に届出する事によりて效力を生ずと爲す(日本民法第八一〇條)に比して離婚は益々其容易さを加ふるものであると云はねばならぬ。⁽²⁴⁾

協議上の離婚の結果夫婦間に於ける身分的法律關係は消滅し婚姻關係も解消する(九七一)。財産關係に於ても夫婦財産制は解かれ妻の能力は恢復される(一〇五八)。たゞ問題は夫婦間に於て生じたる子女について如何になす可きやの問題が残される。民國法に於ては特別の約定なき限り子女の監護は父之にあたるものとして居る(一〇五二)。我民法に於ても是と同様の規定を置く(日本民法第八一二條)。

(24) 我國民法に於ては婚姻は届出によりて效力を生ず(775)となすが故に上述の如き制度を採り、民國法は婚姻につき届出を以て效力發生要件となさざれば離婚にもこれを要せずとなしたのであらうが一考を要する事である。

二、裁判上の離婚、裁判上の離婚とは裁判所の手を通じてなす離婚にして當事者の一方の自由意思に基かざる點及び法定の原因の存在を要する點に於て協議上の離婚と相異つて居る。²⁵⁾

1、離婚原因、

裁判上の離婚は夫より又は妻より裁判所に訴を提起して爲す事を得るが左の如き原因存するに非ざれば離婚の訴を起し得ぬ(二〇五二)。

I、重婚を爲したる事、民法に定むる重婚に對する制裁は二種ある、²⁶⁾一は既に述べたるが如く重婚の取消であり他は離婚原因と爲す事である。前の場合に於ては第二の婚姻は取消し得可きものであるが後の場合に於ては第一の婚姻の當事者間に生ずる問題である。之と同様の規定は我民法第八一三條第一號にもある。ドイツ民法に於ても同様に解す可きである (Simón: Recht und Rechtsgang in Deutschen Reich (1921) 1, 2, S. 357)。

II、人と姦を通じたる時、ドイツ民法に於ては姦通は夫婦相互に離婚請求權發生原因となるも更に刑法第一七一條及第一七五條に於て定むる猥褻罪に問はれる事も同じく離婚請求權發生の原因となす(獨逸民法第一五六五條)。スウェーデン民法に於ても姦通は夫婦相互に離婚請求權を生ずる(スウェーデン民法第一三七條)。然るに我民法に於ては妻の姦通は夫に離婚請求

(25) 獨逸民法に於ては第一五四條以下に於て離婚裁判に關する規定を置いてある。スウェーデン民法に於ては第一三七條以下に之を置く。

(26) 刑法上の制裁に付いては此所では説明せぬ。

權發生の原因となるが夫の姦通は妻につき離婚請求權發生の原因となる事なく、夫が姦通罪に處せられたる場合に於てのみ妻は離婚請求權を生ずるものとなすにすぎぬ。⁽²⁷⁾

III. 夫婦の一方が相手方より同居に堪へざる虐待を受けたる時、同居に堪へざる虐待とは如何なる程度の虐待を云ふかは一に當事者の地位、教育程度、婚姻生活に對する社會觀念を標準として決定する事を要するのである。國民民法に於ては重大なる侮辱の項を入れて居らぬが虐待の中に之を入れて考ふる可きものとしたい。尤も虐待は直接に名譽を侵害する意味を持たないし、侮辱は名譽の毀損を意味して觀念を異にして居るが不當なる肉體的苦痛と不當なる精神的苦痛とは之を別個に取扱ふ可きものでないであらうから虐待の意義を廣くしても良い。我民法第八一三條第五號には同居に堪へざる虐待と重大なる侮辱とを共に離婚請求原因となして居る。ドイツ民法に於ては配偶者の一方が婚姻より生ずる義務を甚だしく害し若くは不名譽なる行爲又は反道徳的なる行爲によりて婚姻の繼續を爲し能はざる程度に婚姻關係を破壊したる場合に於ては他の配偶者に離婚請求權の生ず可き旨を定めて居る(獨逸民法第一五六八條)。從ひてドイツ民法に於ては重大なる虐待(*grobes Misshandlung* 同條後段)は勿論脅迫(*Drohung*)、侮辱(*Beleidigung*)、重大ならざる虐待も其が婚姻に於ける義務を害するが如き場合は離婚請求權發生の原因となり、飲酒癖(*Trunksucht*)、異

(27) 何れの國に於ても姦通につき他の配偶者が同意を與へたる時は離婚請求權は生ぜぬ(ドイツ民法スキス私法一三七四)。

常なる喧騒 unordentlicher Wirtschaft 爭論癖 Zanksucht 子女の監護に對する怠慢 Vernachlässigung der Kinder 扶養を固く拒絶する場合 hartnäckiger Verweigerung des Unterhalts 同棲の拒絶 自己の責により交接不能となりたる場合 Verschuldeter Impotenz 其他之等に類似する状態を生じたる場合に於ては離婚請求權が発生する (Simón, a.A.O. S. 360) ス井ス私法に於て重大なる虐待、重大なる侮辱は離婚請求權發生の原因となる(ス井ス私法第一三八條)。

IV、妻が夫の直系尊屬に對して虐待を爲し又は夫の直系尊屬の虐待を受けて共同生活を爲すに堪へざる時、民國民法に於ては我民法に於けるが如く家をもつて社會組織の單位と爲し、家を永久の共同生活を目的として同居する親族の團體と解する(一〇二二)從ひて妻が夫の家に入り夫の家族と同居するは當然であり且つ我國及び中華民國古來の風習である。

又祖先崇拜は東洋諸國に於ける共通の道德であり、父母に孝養を盡すを美德となす事も亦共通の道德觀である、從ひて妻は夫の父母を自己の父母と思ひ夫の祖を自己の祖と同様に思ふ可きである、故に妻が夫の尊屬に對して虐待を爲すは夫に取りては重大なる屈辱であるし婦德に背反する事である、されば妻が夫の尊屬に虐待を加へたる場合に夫に離婚請求權を生ずる。我民法に於ては夫が妻の直系尊屬に虐待を加へたる時は妻にも離婚請求權を生ず(日本民法第八一三條第八號)此點は我民法が民國民法に優つて居る。夫妻は婚姻的

共同生活を爲すに非ざれば婚姻の目的を達する事能はざると共に妻が夫の直系尊屬より家族的共同生活を爲すに堪へざる程度に虐待さるゝも夫は其家より離婚する事を得ない(一二七、一二八參照)のみならず我國及び民國に於ては尊屬の權威大にして尊屬の意思に反する婚姻的共同生活は不可能であるが故に夫の直系尊屬の虐待が妻をして夫との共同生活を堪へざる程度に及ぶ時は妻も亦離婚請求權あるものとする。同様の規定が我民法第八一三條第七號にもある。⁽²⁵⁾

V. 夫婦の一方が悪意を以て相手方を遺棄し其狀態が繼續中なる時惡意を以て相手方を遺棄するとは婚姻生活を爲さざるの意思を以て相手方をかへりみざる事を意味する。例へば婚姻の儀式を終るも夫の住所に赴かず引き續き夫と別居するが如きは此場合の一に屬すると觀ることを得る(Sinon, a.A.O. S. 356)我民法に於ても之と同様な事由は離婚請求權發生の原因となる(日本民法第八一三條第六號)。ドイツ民法に於ても惡意の遺棄 *Dolich Verlassung* は離婚請求權發生の原因を爲すけれどもこれには二つの制限がある。(1)は家庭生活 *häusliche Gemeinschaft* の復活を爲す可き裁判を受けたる配偶者の一方が相手方の意思に反し一ケ年間其裁判による行爲の實行を爲さざりし場合にして(2)は配偶者の一方が悪意を以て他の配偶者との家庭生活をさけ一ケ年を期限とする公示送達が爲されたる場合

(28) ドイツ民法に於ては斯かる規定なし。所謂個人主義的社會組織なるを以て尊屬の力大ならざるに因る。

に於て初めて惡意の遺棄があつたと爲される(獨逸民法第一五六七條)。ス井ス私法に於ては惡意の遺棄及び歸來の意思なく住所を去りたる時は一方に離婚請求權を生ずる。此場合に於ては裁判官は七ヶ月以内に立歸る可き事を要求して其上にて判決を爲す(ス井ス私法第一四〇條)。

VI 夫婦の一方が相手方を殺害せんと意圖したる場合、此事由が離婚請求權發生の原因となるは説明を爲す迄もない事である。獨逸民法ス井ス民法に於ても之と同様の規定がある(獨逸民法第一五六六條)ス井ス私法第一三八條第一項。唯問題となるは配偶者の一方が他方に加へる虐待が相手方の死を引き起し又は健康を害する恐ある場合は同居に堪へざる虐待として論ず可きだと云ふ事だけである (Simón, a.A.O. S. 357)。

VII 不治の患疾ある時説明をする迄もない。⁽²⁹⁾

VIII 重大なる不治の精神病ある時⁽³⁰⁾重大なる不治の精神病なりや否やは醫學上の見解によりて決定すべきも實際問題としては甚しく其解決は困難であらうが重大なる不治の精神病は勿論婚姻生活の繼續を不可能ならしむる程度の不治の精神病たる事を要する。此規定はドイツ民法が其第一五六九條に於て精神病が少なくとも三ヶ年繼續し、夫婦間の精神的共同生活の繼續が不可能となり又は家庭生活の復活が絶望となりたるが如き状態となれ

(29) 我民法に於ては斯かる規定なし。ドイツ民法に於ても然り。再婚の機會を興ふる意味に於ては可なるも、從來の風習に異る。

(30) 我民法に於ては斯かる規定なし。此規定も前規定と同様なり。

る事を條件とするに如かない。³¹⁾

IX、生死不明が三年を越えたる時、我民法第八一三條第九號に於けると同様である。

X、三年以上の徒刑に處せられ又は不名譽の罪を犯したるによりて徒刑に處せられたる場合、此事由は我民法第八一三條第四號に於ける規定と其精神を一にして居るものと云はねばならぬ。

上述の如き事由が発生する時は當事者は裁判所に對し離婚の訴を提起し得るけれども次の如き事由の存する場合に於ては其離婚請求權は消滅に歸す。³²⁾

I、配偶者の重婚及び姦通につき他の配偶者が事前に同意を爲し若くは事後に宥恕を爲したる場合、及び事實を知りたるより六ヶ月を経過し若くは其事情の發生したる後二年を経過したる場合(一〇五三、我民法第八一四條に於ても事前の同意と事後の宥恕とは離婚請求權の消滅となる。消滅時効の期間につきては事實を知りたる時より一ヶ年、事實の發生したる時より十ヶ年と定めて居る日本民法第八一六條。ドイツ民法に於ても同意と宥恕につきては同様であり)ドイツ民法第一五六五條第二項、離婚請求權の消滅時効の期間は事實を知りたる時より七ヶ月、事實の發生より十ヶ年である(獨逸民法第一五七一條)。斯かる場合の離婚請求權の消滅時効期間は長いほど良い、何故ならば重婚姦通等の事實は法律制度

(31) スキス私法第一四一條に於ても婚姻生活を爲し能はざる程度に精神病にかゝり、三ヶ年に涉りて恢復の見込なき場合に離婚原因となる。

(32) スキス私法に於ては離婚原因の發生と共に離婚若くは別居 Trennung der Ehegatten を請求し得る(同法第一四三條)。

に反するものであるから出来るだけこれを除去す可きであるからだ。

II 前項 VI より X に至る迄の事由につき事實を知りたる時より一ケ年、事實發生の時より五ケ年を経過する事により消滅時効が成立し離婚請求權は消滅す(一〇五四)。

ロ、離婚の効果、

離婚の判決ありたる時は夫婦間に婚姻によりて生じたる法律關係は總て消滅に歸する。從ひて特別な法律關係が離婚の結果生ぜざる限りは此所で説明の要はない。³⁴⁾ 以下離婚に伴ふ特殊なる效果に就いて説明しやう。³⁴⁾

I、裁判上の離婚が成立したる場合に於ては子女の監護については特約なき限り夫其責に當るを原則とする、但し裁判所は其子女の利益のために後見人を選定する事を得る(一〇五五)。我民法第八一九條に於ても之と同様の規定を置いて居る。之に反しドイツ民法に於ては多少これと異りたる規定を置いて居る、即ちドイツ民法に於ては子女の監護は夫の責にあるけれども其子女の財産に對する夫の收益が子女の監護に要する費用に足らざる時は妻も又其財産よりの収入、勞務による収入、又は營業による収入より其足らざる所を補ふ可き義務を有する旨を定めて居る(獨逸民法第一五八五條第一項)。

II、夫婦の一方が裁判上の離婚に因りて損害を受けたる時は過失ありたる相手方に對して

(33) スキス私法に於ては離婚と別居の制度が採られる。もし別居がなされたる時は期間は三ケ年と定むるか不確定期限を定むるかである。もし其期間経過後復縁を欲せざるときは離婚を爲す(同法第一四七條第一四八條)。
(34) スキス私法に於ては離婚されたる場合は其後二ケ年間、但し姦通を理由とする離婚にありては三ケ年間再婚を禁じて居る(同法第一五〇條)。

損害の賠償を請求する事を得る(一〇五六)此所に所謂過失ありたる相手方とは離婚原因の發生につきて過失ありたる一方の配偶者を指すは明かである、蓋し同條前段に裁判上の離婚に因りて損害を受けたる時はなる文字が置かれて居るからである、何故に損害賠償義務の發生するかは不明であるが恐らくは離婚原因の發生につきて過失ありたる者については不法行爲を理由とする損害賠償義務を生ずるものとして居るのであらう。⁽³⁵⁾

本項の如き規定は我民法は勿論ドイツ民法に於ても存しない規定である。離婚原因の發生につきて責任あるものに斯くの如き義務を負はしむるは離婚に關する無過失者を保護し從ひて婚姻中に於ける不當なる行動の抑制に效あるものと云はねばならぬ。裁判上の離婚につきて生ず可き損害は財産上の損害なる事あると共に精神上の損害もある。精神上的の損害については受害者に過失なかりし場合に於てのみ金錢により之が賠償を爲す事として居る(一〇五六)而して此損害賠償請求權は性質上一身に專屬するものなるを以て其讓渡又は相續は原則として許されない。

III 夫婦の過失なかりし一方が裁判上の離婚に因り生活困難に陥りたる時は相手方は假令過失なかりし時と雖も相當の生活補助費を給與する事を要する(一〇五七)離婚請求原因につき過失ありたる配偶者は過失なかりし相手方に對し損害の賠償を爲す事を要するは

(35) 權利の侵害を伴はぬ離婚原因が多數にあるから一概には斯く考へる事を得ない。法律の特別規定より生ずる損害賠償の義務なりと解するを至當とするか？。

既に述べたる所なるも、賠償さる可き損害は離婚によりて生じたる事を要するを以て將來に於ける生計の維持に要する費用は之を含んで居るから過失ありたる配偶者は當然に相手方に對して生活補助費を給與す可きである。のみならず離婚は共同生活の分裂にして出來得る限り之が抑制を爲す可く、止むを得ざる最惡の方法として採る可きである。更に離婚迄は相互に人生の伴侶であつたわけである、從ひて離婚より生じたる結果が一人の貧窮者を生じたる時は其ために生ずる社會的不利益は之を救濟するのが當然であり且人情である。されば裁判上の離婚の結果過失なき配偶者が生活困難に遭ひたる時は之が生計を補助するのが他方の社會的義務であり人情に適するものである。然しながら斯くの如き規定の結果裁判上の離婚は益、困難を加へ協議上の離婚を多數ならしむるの恐なしとせない、之れ此規定の有する一の缺點である。ドイツ民法に於ては過失なき配偶者は離婚によりて相手方の生活補助を爲す可き義務を負はずして離婚原因につきて過失ありたる配偶者は過失なかりし相手方に對して自己の收入より一定の扶養費用を支出すべきものとする、尤も斯かる義務は其相手方が生活を獨力にて維持する事能はざる場合にのみ生ずる、夫が離婚後子女を監護する場合に於ては妻も又其所得より其費用の全部又は一部を負擔すべきである(獨逸民法第一五七八條乃至第一五八〇條第一五八五條參照)而して扶養請求

權は再婚を以て消滅するけれども扶養義務者の死亡によりては消滅せない(第一五八一條第一五八二條第二項)。ス井ス私法に於ても民法と同じく過失の有無に拘らず離婚者は過失なかりし相手方が困窮に陥りたる時は之が扶養を爲すべき旨を定む(同法第一五二條)。民法に於ては此點については何等の規定なきも其性質上再婚によりて消滅するものとなさざるを得ないであらう。我民法に於ては不幸にして前項に於ける規定及び本項に於けるが加き規定を有せぬ離婚に當り無過失者の保護なきは理に合せざる所である。IV、夫婦關係が離婚によりて解消すると同時に其夫婦財産制も亦解かれる、即ち法定財産制に於ては聯合財産中夫の原有財産と妻の原有財産とは分裂して妻は完全なる管理處分の能力を恢復し、共同財産制に於ては共同財産に對する夫婦の共有關係は解消し、統一財産制にありては妻は殘有財産ある時は之が返還を受け、同時に妻の財産の見積金額に相當する金額の返還を受け、分別財産制にありて妻が其財産につき夫に管理權を與へ居たりし時は其管理權は消滅し、妻の特有財産は必要を失ひて他の財産と合流する(一〇五八前段)。斯くの如く夫婦は互に其固有の財産を恢復するも若し總財産が婚姻當時より減少したる場合に於ては其減少したる部分は夫の負擔に屬する、然し財産制が如何なる種類なるを問はず特有財産以外の財産は夫婦の婚姻生活に於て共同の目的のために消費され使用さるゝも

のであるから夫に其保管使用等につき過失なかりし場合には夫に財産の減少を負擔せしむる事を得ない、妻も又之を負ふ可きである。其負擔の割合は特約なき限りは夫妻に平等に分つ可きか(一〇四〇I参照)。ス井ス私法に於ても離婚の結果夫婦財産制は解消し財産關係は原狀に復し婚姻中の契約により又は死因處分により生じたる債權も又消滅するものとす(ス井ス私法第一五四條)。

四、結 言

上述する所によりて中華民國民法に於ける婚姻法の極く概略が説明された。日本、獨逸及ス井スの民法に於ける規定との比較對照によりて其有する地位も自ら判斷せらるゝ事と思ふが、總體として歐洲諸國に於ける法制の移入と觀らるゝ點多く中華民國本來の思想風俗に合致する所少きを憂ふるものである。古き慣習と遠き古より傳來せる道德觀は新思想を盛れる法律の條文のみにては打破する事は極めて困難である事を知らねばならぬ。中華民國に於ける婚姻制度が民法々典に於ける婚姻制度と完全に一致する日が到來する時は恐らく他の法律制度も又舊來の態様を一變して進歩の最高點に居るであらう。私は中華民國に於ける從來の婚姻に關する慣習法及び慣習を度外視して民法に於ける婚姻法を日本及獨逸に於ける其と對比しながら説明して來たのは中華民國の婚姻法を批評する

のが其本意でなかつたのである。従ひて此所では單に前言を繰返へし婚姻法をもつて歐洲化したる法律と稱へ同時に新思想豊かなる婚姻法が良き發展の過程をたどり、出来る限り中華古來の風俗と調和する日の近からん事を祈りながら擱筆せんとする。

尙、中華民國民法第四編親屬及第五編相續編民國十九年十二月二十六日に公布され、本年五月五日より實施されたるものである。本文を草するに當りては滿鐵調査課發行國民政府制定中華民國民法對譯（親族編相續編）に依り、他に日本に於ける親族法の著述二三及び獨逸に於ける著述二三を參考にした、従ひて不備の多き事を遺憾とする。